

GUIDA AL LAVORO

# Il Punto

## **La disciplina dei licenziamenti dopo il Jobs Act**

*a cura di* **Gabriele Gamberini e Michele Tiraboschi**

# Licenziamenti: la disciplina dopo il contratto a tutele crescenti

**T**ramite il D.lgs. n. 23/2015, di attuazione della legge delega n. 183/2014, il Governo ha stabilito le disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti.

## Il contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti: una nuova tipologia contrattuale?

Va subito chiarito che, nonostante la definizione adottata dal Legislatore delegato sulla scorta della suggestione dottrinale del contratto unico a tutele crescenti, non siamo di fronte a una nuova tipologia contrattuale in senso tecnico<sup>[1]</sup>. Nei dodici articoli del predetto decreto sono stabilite unicamente disposizioni inerenti le conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo nell'ambito degli ordinari contratti a tempo indeterminato, mentre non vengono affrontati i temi relativi alla struttura tipologica e tanto meno i profili gestionali del relativo rapporto

Analizziamo i regimi di tutela per i licenziamenti illegittimi introdotti dal Dlgs 4 marzo 2015, n. 23, recante disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, comparandoli con la disciplina applicabile agli ordinari contratti di lavoro a tempo indeterminato

di lavoro<sup>[2]</sup>. Si tratta semmai di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato diverso rispetto al modello tradizionale poiché presenta, in estrema sintesi, nuovi rimedi in caso di licenziamento illegittimo, una nuova procedura di conciliazione volontaria e regole procedurali e processuali semplificate per i lavoratori assunti a far data dal 7 marzo 2015<sup>[3]</sup>.

A ciò si deve poi aggiungere che tale "diverso contratto di lavoro tempo indeterminato" beneficia, almeno temporaneamente, di un particolare incentivo economico poiché ha fatto il suo ingresso nel nostro ordinamento nel periodo in cui, ai sensi della legge n. 190 del 2014 (cosiddetta legge di stabilità 2015)<sup>[4]</sup>, per i nuovi contratti di lavoro a tempo indeterminato

1. In maniera conforme, tra i primi a commentare il D.lgs. n. 23/2015, si veda F. Carinci, *Il tramonto dello Statuto dei lavoratori*, ADAPT Labour Studies e-Book series, 2015, 41; E. Barraco, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2015, 2, pag. 124.

2. Sul punto è tuttavia opportuno segnalare che l'art. 55 dello schema di decreto legislativo recante il testo organico delle tipologie contrattuali e la revisione della disciplina delle mansioni – approvato in prima lettura dal Consiglio dei Ministri del 20 febbraio 2015 e ora, nel momento in cui si scrive,

*all'esame delle Commissioni parlamentari per il parere non vincolante – dispone la sostituzione dell'art. 2103 c.c. relativo alle mansioni del lavoratore con un nuovo testo contenente alcune novità in merito al mutamento delle mansioni. In ogni caso è bene precisare che, a quanto consta, questa disciplina sarebbe applicabile a tutti i lavoratori e non solo a quelli assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti.*

3. All'interno della stessa impresa coesisteranno quindi lavoratori subordinati a tempo indeterminato che tuttavia, in caso di licenziamento illegittimo,

*potranno beneficiare di tutele diverse. Tale aspetto ha suscitato dubbi di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 3 Cost. che tuttavia potrebbero essere risolti facendo riferimento alla sentenza della Corte Cost. 13 novembre 2014, n. 254 secondo cui «non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche, (...) essendo conseguenza dei principi generali in tema di successione di leggi nel tempo». Così M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei**

*licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, 236, pag. 9.

4. Ai sensi dell'art. 1, co. 118, della l. n. 190/2014 tale incentivo spetta per le nuove assunzioni con contratto di lavoro a tempo indeterminato decorrenti dal 1° gennaio 2015 con riferimento a contratti stipulati non oltre il 31 dicembre 2015. Ma, secondo G. Pogliotti, C. Tucci, *La decontribuzione sarà estesa anche al 2016*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 aprile 2015, pag. 2, «si punta ad estendere l'incentivo fiscale alle assunzioni stabili effettuate nell'arco del 2016».

è stato concesso l'esonero per trentasei mesi dal versamento dei complessivi contributi previdenziali, con esclusione dei premi e contributi dovuti all'Inail<sup>5</sup>.

### Campo di applicazione

Il nuovo regime delle c.d. tutele crescenti, ai sensi dell'art. 1, co. 1, del D.lgs. n. 23/2015, trova applicazione unicamente ai lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dal 7 marzo 2015.

### Somministrazione di lavoro

Le disposizioni del D.lgs. n. 23/2015 si applicano anche per le assunzioni a tempo indeterminato da parte delle agenzie di somministrazione<sup>6</sup> che beneficino inoltre del predetto esonero contributivo in virtù della sostanziale equiparazione, ai fini del diritto agli incentivi all'occupazione, dell'assunzione a scopo di somministrazione ai rapporti di lavoro subordinato<sup>7</sup>. L'esonero vale anche ove l'agenzia assuma a tempo indeterminato e somministri a tempo determinato, tuttavia in tal caso è bene richiamare la disciplina che regola il rapporto negoziale tra impresa fornitrice ed impresa utilizzatrice e che porta a parlare di operazione economica complessa regolata in termini di collegamento negoziale in senso tecnico<sup>8</sup>. L'art. 21, co. 1, lett. h), del D.lgs. n. 276/2003, prevede infatti l'obbligo, in capo alla agenzia di somministrazione, «del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico, nonché del versamento dei contributi previdenziali», là dove la successiva lettera i) del medesimo

comma prevede «l'obbligo dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questa effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro» (corsivo nostro). Pertanto il rischio che l'agenzia ottenga un lucro parassitario sul lavoro altrui è del tutto scongiurata, non solo nelle ipotesi di somministrazione a tempo indeterminato ma anche in quelle di somministrazione a termine, posto che l'esonero contributivo opera, di fatto, a beneficio della impresa utilizzatrice a cui l'agenzia non potrebbe chiedere, se non a rischio di commettere una frode fiscale, il rimborso per contributi non versati.

## Nuovo regime delle tutele crescenti anche per la somministrazione di lavoro

### Dirigenti

Restano invece esclusi dalla disciplina del D.lgs. n. 23/2015 i dirigenti ai quali, indipendentemente dalla data di assunzione e dalla dimensione della impresa, rimarranno applicabili le disposizioni più favorevoli di cui all'art. 18, co. 1, della l. n. 300/1970 c.d. Statuto dei lavoratori e di cui all'art. 5, co. 3, della l. n. 223/1991 in caso di licenziamento collettivo intimato senza l'osservanza della forma scritta, in violazione delle procedure per la dichiarazione di mobilità o in violazione dei criteri di scelta<sup>9</sup>.

### Apprendisti

L'art. 1, co. 1, del D.lgs. n. 23/2015 esclude anche gli apprendisti poiché l'apprendista non ha la qualifica di operaio, impiegato o quadro, ma, come risulta in diversi punti del D.lgs. n. 167/2011, c.d. Testo unico dell'apprendistato, deve conseguire la qualifica attraverso il periodo formativo del contratto di apprendistato<sup>10</sup>. Ragionando diversamente si

5. Ai sensi dell'art. 1, co. 122, della l. n. 190/2014 tale incentivo è finanziato con 1 miliardo di euro per ciascuno degli anni 2015, 2016 e 2017 e con 500 milioni di euro per l'anno 2018.

6. Per un approfondimento a riguardo sia consentito rinviare a di M. Tiraboschi, *Il contratto a tutele crescenti: spazi di applicabilità in caso di apprendistato e somministrazione di lavoro*, in F. Carinci, M.

Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series, 2015, 37, pag. 113.

7. Cfr. Circolare INPS 29 gennaio 2015, n. 17 avente ad oggetto «esonero contributivo per le nuove assunzioni con contratto di lavoro a tempo indeterminato nel corso del 2015 ai sensi dell'articolo unico, commi 118 e seguenti, della Legge 23 dicembre 2014, n. 190».

8. Cfr. A. Zambelli, *Guida pratica licenziamenti e sanzioni disciplinari*, Gruppo 24 Ore, 2012, pag. 160. Cfr. ora anche la risposta a interpellato del Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del lavoro e alla Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro n. 1 del 12 gennaio 2015 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

9. Tale norma è applicabile in virtù dell'art. 24, co. 1, della l. n.

223/1991 così come modificato dall'art. 16, co. 1, della l. n. 161/2014.

10. Cfr. art. 2, co. 1, lett. c), del D.lgs. n. 167/2011; art. 3, co. 1, del D.lgs. n. 167/2011; art. 4, co. 1, del D.lgs. n. 167/2011. Per un cui approfondimento sia consentito rinviare a M. Tiraboschi (a cura di), *Il testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffrè, Milano, 2011. Peraltro tale impostazione pare confermata

cambiarebbe l'impostazione dell'apprendistato che è già un contratto a tutele (queste sì davvero) crescenti che risultano scandite da una (iniziale) fase formativa, a recesso motivato per entrambe le parti<sup>11</sup>, finalizzata alla acquisizione di una qualifica professionale, e da una seconda (eventuale) fase a regime ordinario che trova come imprescindibile presupposto la mancata attivazione, da parte di entrambe le parti, della libertà di recesso a loro concessa dal legislatore al termine del periodo di addestramento<sup>12</sup>.

L'apprendistato è, in altri termini, un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a fasi successive che vengono scandite da specifici e progressivi regimi di tutela, non conciliabili con quelli del nuovo contratto a tutele crescenti di cui al D.lgs. n. 23/2015, come dimostra del resto la possibilità di riconoscere all'apprendista un minor trattamento retributivo, rispetto a quello del lavoratore qualificato, in ragione di un regime retributivo a percentuale o, in alternativa, per sotto-inquadramento rispetto alla qualifica di destinazione<sup>13</sup>. E, come precisa lo stesso legislatore<sup>14</sup>, soltanto al termine del periodo di formazione, là dove non venga esercitata la facoltà di recesso, «il rapporto prosegue come ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato» che, come tale, sarà inevitabilmente disciplinato dal nuovo regime di tutela in caso di licenziamento illegittimo.

Che l'apprendistato mantenga una sua distinta configurazione tipologica e normativa pare infine confermato, *ad abundantiam*, anche dalla previsione di cui all'art. 1, co. 118, della l. n. 190/2014 che

espressamente esclude il contratto di apprendistato dalla misura di esonero del versamento dei contributi previdenziali a carico dei datori di lavoro con riferimento alle «nuove assunzioni con contratto di lavoro a tempo indeterminato [...] decorrenti dal 1° gennaio 2015» ed effettuate «non oltre il 31 dicembre 2015».

### **Conversione e trasformazioni di contratti a termine e di apprendistato stipulati prima del 7 marzo 2015**

Ai sensi dell'art. 1, co. 2, del D.lgs. n. 23/2015 «le disposizioni del predetto decreto si applicano anche nei casi di conversione, successiva [al 7 marzo 2015], [...] di apprendistato in contratto a tempo indeterminato»<sup>15</sup>. In tal caso si avrà un contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti. Il termine "conversione" assume tuttavia, nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano, un preciso significato tecnico<sup>16</sup> vuoi quale modifica legale del contratto che ne evita la nullità<sup>17</sup>, vuoi quale sanzione specificamente prevista dalla legge per la violazione di norme imperative legate all'utilizzo di determinate tipologie contrattuali c.d. atipiche o temporanee. Così dispone, con espresso riferimento al contratto a tempo determinato, l'art. 32, co. 5, della l. n. 183/2010, c.d. collegato lavoro, nelle ipotesi di contratto a termine nullo perché stipulato in violazione dei requisiti formali o sostanziali per l'apposizione del termine al contratto di lavoro<sup>18</sup>. Così ha stabilito, pur in presenza di qualche dubbio dottrinale, anche la giurisprudenza con riferimento al contratto di apprendistato nelle ipotesi di mancato adempimento dell'obbligo formativo che è parte essen-

anche nello schema di decreto legislativo recante il testo organico delle tipologie contrattuali e la revisione della disciplina delle mansioni. In particolare cfr. art. 40, co. 5, lett. b), e) ed f); art. 41, co. 2; art. 42, co. 1-2; art. 44, co. 3.

11. Cfr. l'art. 2, co. 1, lett. l), del D.lgs. n. 167/2011, che, a differenza dell'ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, vincola anche il prestatore di lavoro a cui non è concessa la libertà di sciogliere il vincolo contrattuale senza congrua motivazione (giusta causa o giustificato motivo).

12. Cfr. l'art. 2, co. 1, lett. m), del D.lgs. n. 167/2011, che dispone la «possibilità per le parti di recedere dal contratto con preavviso decorrente dal termine del periodo di formazione ai sensi di quanto disposto dall'articolo 2118 del codice civile».

13. Cfr. l'art. 2, co. 1, lett. c), del D.lgs. n. 167/2011.

14. Cfr. ancora l'art. 2, co. 1, lett. m), del D.lgs. n. 167/2011, che così dispone: «se nessuna delle parti esercita la facoltà di recesso al termine del periodo di formazione, il rapporto prosegue come

ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato».

15. Per un approfondimento a riguardo sia consentito rinviare a di M. Tiraboschi, *Conversione o semplice trasformazione dei contratti per l'applicazione delle cosiddette tutele crescenti?*, in *Bollettino ADAPT*, 2015, 14.

16. Cfr., per tutti, M. Bianca, G. Patti, S. Patti, *Lessico di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2001, pag. 209-211.

17. Cfr. art. 1424 c.c.

18. In giurisprudenza cfr. Corte Cost., 11 novembre 2011, n. 303; Cass., 21 maggio 2008, n. 12985; App. Roma, 17 gennaio 2012, n. 267. Per l'impostazione del problema, e per ulteriori riferimenti giurisprudenziali e anche dottrinali, cfr. Corte Suprema di Cassazione – Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, CEDU, costituzionale e di legittimità*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

ziale del relativo schema negoziale<sup>19</sup>. Non pare corretto tentare di risolvere il problema come se il Legislatore intendesse pacificamente riferirsi a generiche ipotesi di trasformazione di contratti temporanei in essere in contratti stabili dando per pacifica e scontata una volontà del legislatore che, stante la lettera e la *ratio* della legge, tale non è: quella cioè di aver consapevolmente utilizzato l'espressione "conversione" in senso atecnico quale sinonimo di "trasformazione" e persino di "prosecuzione" del contratto come avviene rispetto ai rapporti di apprendistato che non vengano risolti da una o da entrambe le parti al termine del periodo di formazione. La "trasformazione" è un istituto pattizio che peraltro non sembra attagliarsi al caso di specie poiché il contratto di apprendistato non si trasforma in un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, ma prosegue in tale modalità<sup>20</sup>.

Il rischio di eccesso di delega dovrebbe in ogni caso indurre l'interprete – e così certamente farà la giurisprudenza – a una lettura della disposizione che sia coerente con i principi e criteri della l. n. 183/2014 che, al di là di discutibili richiami a situazioni ipotetiche che si sarebbero verificate in assenza del D.lgs. n. 23/2015<sup>21</sup>, si riferiscono inequivocabilmente a un parametro oggettivo per l'applicazione del regime delle tutele crescenti che è quello delle "nuove assunzioni". E certamente, in termini giuridici, non possono essere considerate nuove assunzioni né le trasformazioni senza soluzione di continuità di contratti temporanei in essere né tanto meno la mera prosecuzione dei contratti di apprendistato, al ter-

mine del periodo di formazione, senza che una delle parti abbia formalmente optato per la risoluzione del rapporto.

L'impiego del termine "conversione", in questa prospettiva interpretativa, non avrebbe dunque nulla di generico e inconsapevole ma, anzi, assumerebbe un significato tecnico ben preciso richiamando testualmente il regime sanzionatorio previsto dalla legge in presenza di (determinati) vizi formali e sostanziali nella attivazione di contratti di lavoro a termine e di apprendistato. Non è raro, invero, rinvenire pronunce giurisprudenziali in cui il termine "trasformazione" sia impiegato quale sinonimo di conversione e ciò perché, indubbiamente, il concetto di trasformazione contiene al suo interno anche quello di conversione<sup>22</sup>. Non esistono, per contro, precedenti giurisprudenziali in cui il termine "conversione" sia utilizzato quale sinonimo di trasformazione e questo proprio perché il primo termine è più ristretto e tecnicamente preciso del secondo.

Per avere chiarezza sul punto sarà quindi necessario attendere le prime pronunce giurisprudenziali o un eventuale intervento chiarificatorio del legislatore all'interno degli artt. 39-45 dello schema di decreto legislativo recante il testo organico delle tipologie contrattuali e la revisione della disciplina delle mansioni.

A differenza di quanto rilevato supra con riferimento all'apprendistato, l'ipotesi della trasformazione/stabilizzazione di contratti a termine stipulati prima del 7 marzo 2015 ha grande valore pratico perché dà luogo al sopracitato esonero contributivo<sup>23</sup>.

### La stabilizzazione di contratti a termine stipulati prima del 7 marzo 2015 dà luogo all'esonero contributivo

19. Cass., 17 marzo 2014, n. 6068; Cass., 22 aprile 2011, n. 9294; Trib. Arezzo, 6 marzo 2014; Trib. Milano, 23 ottobre 2003. Per l'impostazione del problema cfr. M. Mondelli, *Le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo formativo nel contratto di apprendistato*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2009, 4, pag. 1023.

20. Con riferimento all'apprendistato, anche Filippo Taddei, *responsabile economico*

del Pd, ha utilizzato il termine «trasformazione» nell'intervista di C. Tucci, «Il lavoro stabile è in crescita Nessun aumento di contributi», in *il Sole 24 Ore*, 14 aprile 2015, pag. 2.

21. Cfr. A. Maresca, *Assunzione e conversione in regime di tutele crescenti*, in *Guida al Lavoro*, 2015, 12, pag. 12-15.

22. Cfr. Cass., del 2 aprile 2014, n. 7672; Cass. 12 febbraio 2014 n. 3234; Cass., 12 novembre 2014 n.

24127 e anche, con riferimento al contratto di apprendistato, Cass., 1° febbraio 2006 n. 2247.

23. Cfr. Cfr. Circolare INPS 29 gennaio 2015, n. 17 cit. secondo cui «può fruire dell'esonero contributivo previsto dalla Legge di stabilità 2015 il datore di lavoro privato che, in attuazione dell'obbligo previsto dall'art. 5, comma 4-quater, del d.lgs. n. 368/2001, assuma a tempo indeterminato il lavoratore con il quale, nel corso dei dodici mesi

precedenti, ha avuto uno o più rapporti di lavoro a termine per un periodo complessivo di attività lavorativa superiore a sei mesi. Ovviamente lo stesso vale per i casi di trasformazione di un rapporto di lavoro a termine in un rapporto a tempo indeterminato». Oltre che «i datori di lavoro che, a partire dal 1° gennaio 2015, effettuano nuove assunzioni con contratto a tempo indeterminato di lavoratori iscritti nelle liste di mobilità, possono usufruire, ove ricorrono tutte le restanti

La circolare INPS n. 17 del 29 gennaio 2015 in materia di esonero contributivo per le assunzioni con contratto di lavoro a tempo indeterminato nel corso del 2015 ha mostrato – al pari dello stesso legislatore in altre circostanze<sup>[24]</sup> – maggiore consapevolezza terminologica e concettuale nell'estendere, in funzione dell'obiettivo di "promuovere la massima espansione dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato" l'incentivo occupazionale di cui all'articolo 1, commi 118 e seguenti, della legge 23 dicembre 2014, n. 190 anche alle ipotesi di "trasformazione" di un contratto a termine in un contratto a tempo indeterminato (senza peraltro mai parlare di trasformazione senza soluzione di continuità).

Posto quanto affermato sopra, risulta ancora più importante individuare la valenza del sostantivo «conversione», utilizzato nell'art. 1, co. 2, del D.lgs. n. 23/2015. Trattandosi della interpretazione di una norma è opportuno considerare l'art. 12 delle preleggi al codice civile secondo cui «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore». Potrebbe pertanto qui intravedersi un contrasto tra la interpretazione letterale e la interpretazione logica, poiché la prima, in virtù di quanto detto sopra, valorizzando quindi il significato tecnico-giuridico, condurrebbe alla esclusione delle trasformazioni di contratti a tempo determinato; mentre la interpretazione logica potrebbe portare a risultati opposti. Secondo il consolidato orientamento della Corte di Cassazione<sup>[25]</sup>,

«nell'ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad individuarne, in modo chiaro ed univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva, l'interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca della *mens legis*; al contempo il criterio di interpretazione teleologica, previsto dall'art. 12 preleggi, può assumere rilievo prevalente rispetto all'interpretazione letterale soltanto nel caso, eccezionale, in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione di legge sia incompatibile con il sistema normativo, posto che non è consentito all'interprete correggere la norma, nel significato tecnico giuridico proprio delle espressioni che la compongono, nell'ipotesi in cui ritenga che l'effetto giuridico che ne deriva sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma è intesa»<sup>[26]</sup>. Stante questi principi ed a fronte dell'univoco uso del sostantivo «conversione» da parte della giurisprudenza parrebbe difficile ritenere che la lettera della norma risulti ambigua.

Pertanto nei casi di "trasformazione" in cui vi sia la eliminazione del termine per volontà delle parti che, concordati nel ritenere che il contratto a termine abbia esaurito la propria funzione, intendono proseguire il rapporto a tempo indeterminato la disciplina applicabile sarà quella dell'ordinario contratto a tempo indeterminato in caso di contratto a tempo determinato anteriore al 7 marzo 2015.

Riguardo alla conversione è utile fare un ulteriore ragionamento anche su un tema non affrontato dalla norma, cioè le conversioni dei rapporti di lavoro a

condizioni, dell'esonero contributivo di cui alla Legge di stabilità 2015 unitamente all'incentivo di natura economica di cui all'art. 8, comma 4, della legge n. 223/1991, pari al 50% dell'indennità mensile che sarebbe spettata al lavoratore per il residuo periodo di diritto alla indennità medesima, fino ad un massimo di 12 mesi ovvero di 24 mesi, per assunzione di lavoratori di età superiore a 50 anni, ovvero di 36 mesi nel caso in cui l'assunzione del lavoratore di età superiore a 50 anni risulti effettuata nelle aree del Mezzogiorno. Analogamente, il predetto cumulo è ammissibile nei casi di trasformazione a tempo indeterminato di rapporti instaurati con lavoratori iscritti nelle liste di mobilità».

24. Cfr. in particolare, con riferimento alle modalità di assunzione e successivi adempimenti, l'art. 4-bis del D.lgs. n. 181/2000 che parla correttamente di "trasformazione" (e non di conversione) del contratto di lavoro a tempo determinato a tempo indeterminato.

25. Cfr., ex plurimis, Cass. 06 aprile 2001 n. 5128; Cass. 13 aprile 1996 n. 3495; Cass. 16 ottobre 1975 n. 3359.

26. Cass. 11 febbraio 2009 n. 3382. In senso analogo si veda anche Cass. 03 giugno 2011 n. 12136 secondo cui «nell'ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad individuarne, in modo chiaro

ed univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva, l'interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, merco l'esame complessivo del testo, della *mens legis*, specie se, attraverso siffatto procedimento, possa pervenirsi al risultato di modificare la volontà della norma si come inequivocabilmente espressa dal legislatore; soltanto qualora la lettera della norma medesima risulti ambigua (e si appalesi altresì infruttuoso il ricorso al predetto criterio ermeneutico sussidiario), l'elemento letterale e l'intento del legislatore, insufficienti in quanto utilizzati singolarmente, acquistano un ruolo paritetico in seno al procedimento ermeneutico, sì che il secondo funge da criterio

compriario e funzionale ad ovviare all'equivocità del testo da interpretare, potendo, infine, assumere rilievo prevalente rispetto all'interpretazione letterale soltanto nel caso, eccezionale, in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione sia incompatibile con il sistema normativo, non essendo consentito all'interprete correggere la norma nel significato tecnico proprio delle espressioni che la compongono nell'ipotesi in cui ritenga che tale effetto sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma stessa è intesa (cfr., in applicazione di tali principi, ex plurimis, Cass. 18 agosto 2003 n. 12081; Cass. 11 febbraio 2009 n. 3382».

progetto o di collaborazione stipulati dopo la entrata in vigore del D.lgs. n. 23/2015. In tal caso la conversione in un contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti non mostra l'effetto deterrente che presentava il regime precedente in cui era prevista la conversione dall'inizio del rapporto con la disciplina dell'ordinario contratto a tempo indeterminato. Pertanto è utile rilevare come l'intervento sulla applicabilità dell'art. 18 della l. n. 300/1970 ai nuovi assunti non comporta variazioni solo sulla disciplina dei licenziamenti, ma altera un perno dell'intero sistema sanzionatorio del nostro ordinamento.

### **Pubblico impiego**

Nel campo di applicazione del D.lgs. n. 23/2015 non vengono inoltre menzionati i dipendenti pubblici i quali, stando alle dichiarazioni governative, dovrebbero essere a breve interessati da un provvedimento *ad hoc*<sup>[27]</sup>.

### **Applicazione anche ai vecchi assunti**

L'art. 1, co. 3, del D.lgs. n. 23/2015 invece, pur sollevando qualche dubbio sull'eccesso di delega<sup>[28]</sup>, stabilisce che la nuova disciplina si applica anche ai lavoratori assunti prima della data di entrata in vigore del predetto decreto nel caso in cui il datore di lavoro,

in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente al 7 marzo 2015 integri il requisito occupazionale di cui all'art. 18, co. 8-9, della l. n. 300/1970. Non viene tuttavia precisato se in caso di eventi che riportino la dimensione occupazionale sotto la predetta soglia ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 spetti nuovamente la tutela di cui alla l. n. 604/1966 o meno.

Inoltre la norma non precisa se tale disposizione si applica anche nel caso in cui il datore di lavoro superi le predette soglie in seguito a conversioni di contratti di lavoro in contratti a tempo indeterminato.

Dal punto di vista operativo qui appaiono particolarmente delicate le modalità di comunicazione del nuovo regime di tutela in caso di licenziamento illegittimo ai vecchi lavoratori che dovranno essere informati correttamente al fine di assicurare l'applicazione della nuova disciplina.

### **Organizzazioni di tendenza**

Ai sensi dell'art. 9, co. 2, del D.lgs. n. 23/2015 la nuova disciplina si applica anche ai datori di lavoro non imprenditori, che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto.

## **LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO**

FATTISPECIE DI LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO	NORMATIVA APPLICABILE
<b>1</b> Lavoratore assunto <b>fino al 06/03/2015</b> da un datore di lavoro rientrante nelle categorie di cui all'art. 18, co. 8-9, l. n. 300/1970 [ <b>da ora in poi vecchi grandi</b> ]	Art. 18, L. n. 300/1970
<b>2</b> Lavoratore assunto <b>a partire dal 07/03/2015</b> da un datore di lavoro (anche organizzazione di tendenza) rientrante nelle categorie di cui all'art. 18, co.8-9, l. n. 300/1970 [ <b>da ora in poi nuovi grandi</b> ]	D.lgs. n. 23/2015
<b>3</b> Lavoratore assunto <b>fino al 06/03/2015</b> da un datore di lavoro che <b>NON</b> rientra nelle categorie dell'art. 18, co. 8-9, l. n. 300/1970 [ <b>da ora in poi vecchi piccole</b> ]	Art. 8, L. n. 604/1966
<b>4</b> Lavoratore assunto <b>a partire dal 07/03/2015</b> da un datore di lavoro (anche organizzazione di tendenza) che <b>NON</b> rientra nelle categorie dell'art. 18, co.8-9, l. n. 300/1970 [ <b>da ora in poi nuovi piccole</b> ]	Art. 9, D.lgs. n. 23/2015
<b>5</b> Lavoratore assunto <b>fino al 06/03/2015</b> da un datore di lavoro (anche organizzazione di tendenza) che è rientrato nelle categorie dell'art. 18, co. 8-9, l. n. 300/1970 a causa delle assunzioni a tempo indeterminato effettuate <b>a partire dal 07/03/2015</b> [ <b>da ora in poi vecchi neo-grandi</b> ]	D.lgs. n. 23/2015
<b>6</b> Lavoratori con contratto a tempo determinato o di apprendistato convertito in contratto a tempo indeterminato <b>a partire dal 07/03/2015</b>	D.lgs. n. 23/2015

<sup>27</sup> Sul punto si veda M. Marazza, cit., pag. 10; G. Cazzola, *Jobs act Poletti 2.o. e pubblico impiego*; Maurizio Sacconi e il Servizio Studi della Camera

riaprono il problema, in *Bollettino ADAPT*, 2015, 2.

<sup>28</sup> L'art. 1, co. 7, lett. c) della l. n. 183/2014 delega infatti il

Governo ad adottare, su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, un decreto legislativo che preveda il contratto a tempo indeterminato a tutele

crescenti «per le nuove assunzioni», mentre nel caso in esame si tratterebbe di assunzioni avvenute prima del 7 marzo 2015.

### Licenziamento discriminatorio

L'art. 2, co. 1-2, del D.lgs. n. 23/2015, similmente all'art. 18, co. 1-2, della l. n. 300/1970, stabilisce la nuova tutela reintegratoria piena secondo cui nei casi in cui il giudice ritenga il licenziamento nullo perché discriminatorio, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, o inefficace perché intimato in forma orale, il datore di lavoro deve reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e dalle dimensioni della impresa. In tal caso il giudice deve altresì condannare il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità e l'inefficacia, stabilendo a tal fine una indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto<sup>[29]</sup>, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività la-

vorative. In ogni caso tale risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto ed il datore di lavoro dovrà essere altresì condannato, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.

L'art. 2, co. 3, del D.lgs. n. 23/2015 conferma poi la facoltà per il lavoratore di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro, che non è assoggettata a contribuzione previdenziale. Tale richiesta tuttavia deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della pronuncia o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione. Ove il lavoratore non abbia intenzione di avvalersi di tale facoltà deve riprendere servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro pena la risoluzione del rapporto di lavoro.

### LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO

**Ove il giudice dichiara il licenziamento:**

- › discriminatorio
- › riconducibile agli altri casi di nullità/motivo illecito
- › intimato in forma orale

#### **Gruppi 1 e 3 (vecchi grandi e piccole) + dirigenti (Art. 18, co. 1-2, l. n. 300/1970)**

Reintegrazione (servizio da riprendere entro 30 giorni)

Indennità ≥ 5 mensilità (- aliunde perceptum)

Contributi previdenziali, assistenziali + sanzioni

#### **Oppure, entro 30 giorni (Art. 18, co. 3, l. n. 300/1970)**

Lavoratore può chiedere indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale = 15 mensilità

#### **Gruppi 2, 4, 5 (nuovi grandi e piccole + vecchi neo-grandi) (Art. 2, co. 1-2, D.Lgs. n. 23/2015)**

Reintegrazione (servizio da riprendere entro 30 giorni)

Indennità ≥ 5 mensilità (- aliunde perceptum)

Contributi previdenziali, assistenziali

#### **Oppure, entro 30 giorni (Art. 2, co. 3, D.Lgs. n. 23/2015)**

**Lavoratore può chiedere indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale = 15 mensilità**

<sup>29</sup>. Si segnala che l'art. 18, l. 300/70 non utilizza tale criterio, ma quello dell'«ultima retribuzione globale di fatto» che la giurisprudenza di legittimità ritiene composta da tutte le voci retributive di carattere continuativo e non occasionale

(Cass. 15.1.2013, n. 813). Secondo A. Zambelli, *Jobs Act: tutte le novità in tema di licenziamenti disciplinari*, in *Guida al Lavoro*, 2015, 10, il parametro utilizzato dal Dlgs 23/2015 è «da un lato, certamente più puntuale dal punto di vista tecnico e, dall'altro, a voler

ben guardare, è tendenzialmente di maggior favore per il lavoratore, atteso che la retribuzione utilizzata ai fini del calcolo del TFR è un concetto estremamente ampio che ricomprende istituti nella pratica oggi spesso esclusi dal computo indennitario». Per quanto attiene

alla nozione di "ultima" secondo P. Rauseri, «appare ragionevole interpretare la norma nel senso di voler prendere a riferimento la retribuzione annuale precedente alla data del licenziamento sulla quale è stato determinato, calcolato e accantonato il Tfr».

## Discriminazioni

L'art. 2, co. 1, del D.lgs. n. 23/2015 è stato modificato nell'iter di approvazione per rendere esplicito che i casi di licenziamento discriminatorio debbano essere solo quelli tipizzati nell'art. 15 della l. n. 300/1970 e successive modificazioni, mentre in una prima versione pubblicata si leggeva un riferimento generico al licenziamento discriminatorio<sup>[30]</sup>. L'intervento chiarificatore del legislatore sembra quindi aderire a quella corrente giurisprudenziale che ritiene che le ragioni di discriminazione non costituiscono una categoria aperta e quindi la discriminazione debba essere sempre ricollegata a una delle ipotesi previste dalla legge: credo politico; fede religiosa; appartenenza o no ad un sindacato; partecipazione ad attività sindacali o ad uno sciopero; questioni razziali, di lingua o di sesso, di handicap, di età, di orientamento sessuale o di convinzioni personali<sup>[31]</sup>.

Tuttavia a queste ipotesi di discriminazione la giurisprudenza ha equiparato la fattispecie del licenziamento viziato da «motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile»<sup>[32]</sup> menzionato nell'art. 18, co. 1, della l. n. 300/1970, ma non nell'art. 2, co. 1, D.lgs. n. 23/2015. Con riferimento a tale fenomeno è stato intravisto un progressivo ampliamento delle ragioni discriminatorie previste dalla legge che include qualunque ragione collegata alla dimensione personale del lavoratore (protetta dall'art. 2 Cost.) che sia priva di attinenza con la prestazione lavorativa<sup>[33]</sup>. Si ritiene infatti che vi sia discriminazione ove vi sia la volontà di escludere dalla compagine sociale un soggetto per il solo fatto di una sua caratteristica personale che lo contraddistingue, per un puro pregiudizio di non identità e omologazione che guarda alla condizione psico-fisica ovvero alla personalità complessiva-

mente intesa del lavoratore. Pertanto, sulla base di tale ragionamento potrebbe ipotizzarsi non solo che le ipotesi di licenziamento ritorsivo continueranno a beneficiare della stessa tutela prevista per le ipotesi di licenziamento discriminatorio, ma anche che potranno trovare spazio nelle pronunce giurisprudenziali ulteriori ipotesi di discriminazione indipendentemente dalla loro riconducibilità alle ipotesi previste dalla legge ed alle ipotesi di licenziamento di natura vendicativa. Bisognerà quindi vedere se i giudici continueranno ad assimilare il licenziamento discriminatorio a quello viziato da motivo illecito affermando che «è nullo anche il licenziamento determinato in via esclusiva da un (altro) motivo illecito»<sup>[34]</sup>. Una tale ricostruzione non pare tuttavia potersi spingere sino ad identificare come licenziamento per «motivo illecito» la ipotesi di illecito civile contrattuale del licenziamento determinato dalla volontà del datore di lavoro di liberarsi del lavoratore nonostante la contrattazione collettiva e/o il codice disciplinare applicabili dispongano che il fatto compiuto dal lavoratore è punibile con una sanzione conservativa<sup>[35]</sup>.

## Licenziamento riconducibile ad altri casi di nullità

Ulteriore criticità parrebbe poi emergere dal raffronto letterale del dettato dell'art. 2, co. 1, del D.lgs. n. 23/2015 – secondo cui sarebbe nullo il licenziamento «riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge» – con quanto previsto dall'art. 18, co. 1, della l. n. 300/1970 che attribuisce la nullità del licenziamento «perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge» omettendo quindi di richiedere la "espressa previsione". La analisi sul contenuto da attribuire alla locuzione dell'art. 18, co. 1, della l. n. 300/1970 ha visto gli interpreti<sup>[36]</sup> concordare nella individuazione di fattispecie quali il li-

30. Per un commento allo schema di decreto n. 23/2015 presentato nel Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 si veda di F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, cit., pag. 65-80.

31. Trib. Milano, ordinanza 11 febbraio 2013. Similmente vd. anche Trib. Arezzo 11 marzo 2014, n. 378. In dottrina cfr., tra i contributi più recenti, E. Barraco, cit., pag. 126.

32. Cfr. Cass. 17 gennaio 2013 n. 1136; Cass. 26 marzo 2012, n. 4797; Cass. 18 marzo 2011, n. 6282; Trib. Napoli 17 febbraio 2015; Trib. Firenze 19 marzo 2014; Tribunale Bologna 10 gennaio 2014.

33. Cfr. M.T. Carinci, *Il licenziamento discriminatorio o «per motivo illecito determinante» alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2012, 4, pag. 650.

34. Corte di Appello di Roma 09 luglio 2012.

35. Cfr. Cass. 26 giugno 2009, n. 15093. Sul punto si rinvia al § avente ad oggetto "Valutazione sulla sproporzione".

36. Si veda, ex multis, M. Tremolada, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. lav. per la riforma Fornero*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2012, 10, *Speciale Il diritto del lavoro dopo la "Riforma Fornero"* (l. n. 92/2012 e l. n. 134/2012), pag. 875.

cenziamento disposto in violazione dell'art. 4, co. 1, della l. n. 146/1990 in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali<sup>37</sup>, oppure in violazione dell'art. 2112 c.c. riguardo al trasferimento d'azienda<sup>38</sup> o, ancora, in violazione dell'art. 3, co. 9, del D.lgs. n. 61/2000 riguardo allo svolgimento del rapporto di lavoro a tempo parziale<sup>39</sup> che tuttavia sono ipotesi «ri-conducibil[i] ad altri casi di nullità previsti dalla legge», ma non sembrano «casi di nullità espressamente previsti dalla legge» come lo sono, ad esempio, la ipotesi di licenziamento attuato a causa di matrimonio, nulla ai sensi dell'art. 35, co. 2, del D.lgs. n. 198/2006<sup>40</sup>, o il licenziamento avvenuto in un momento compreso dall'inizio del periodo di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino ritenuto nullo dall'art. 54, co. 5, del D.lgs. n. 151/2001<sup>41</sup>.

Tali considerazioni portano però a sospettare che possa sussistere un eccesso di delega poiché l'art. 1, co. 7, lett. c) della l. n. 183/2014 ha delegato il governo a prevedere per le nuove assunzioni un contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in cui il diritto alla reintegrazione venisse limitato «ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato». Il riferimento alla nullità appare quindi tout court e non tale da richiedere, in maniera estremamente più restritti-

va, che la nullità sia espressamente prevista dalla legge.

### **Disabilità fisica o psichica del lavoratore**

Una ulteriore rilevante modifica avvenuta nell'iter di approvazione del D.lgs. n. 23/2015 è stato lo spostamento del comma relativo al licenziamento relativo alle facoltà fisiche o psichiche del lavoratore all'interno dell'art. 2 che dispone la nuova tutela reintegratoria piena e, a norma dell'art. 9 del D.lgs. n. 23/2015, si applica senza distinzioni anche alle piccole imprese. Tale ipotesi di difetto di giustificazione del licenziamento – in una prima versione del D.lgs. n. 23/2015 prevista all'interno dell'art. 3 – è infatti prevista anche per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, ma viene sanzionata dall'art. 18, co. 7, della l. n. 300/1970 con la c.d. tutela reintegratoria attenuata<sup>42</sup>. A ben vedere tuttavia la disciplina applicabile ai nuovi assunti presenta un'altra differenza rispetto alla prima versione contenuta nell'art. 3 che richiamava la disciplina dello Statuto dei lavoratori, poiché il riferimento non è più al «difetto di giustificazione del licenziamento intimato [...] per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore»<sup>43</sup>, ma bensì al «difetto di giustificazione per motivo consistente

37. L'art. 4, co. 1, della l. n. 146/1990 stabilisce che i lavoratori astenuti dal lavoro in violazione delle norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali «sono soggetti a sanzioni disciplinari proporzionate alla gravità dell'infrazione, con esclusione delle misure estintive del rapporto o di quelle che comportino mutamenti definitivi dello stesso».

38. L'art. 2112 c.c., al primo comma, stabilisce che «il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano» ed, al quarto comma, precisa poi che «ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento. Il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può

rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma».

39. L'art. 3, co. 9, del D.lgs. 61/2000 «l'eventuale rifiuto del lavoratore [N.d.A. allo svolgimento del rapporto di lavoro a tempo parziale] non integra gli estremi del giustificato motivo di licenziamento».

40. L'art. 35, co. 2, del D.lgs. n. 198/2006 recita «del pari nulli sono i licenziamenti attuati a causa di matrimonio» e pare quindi pacificamente riconducibile ad uno dei casi di nullità «espressamente previsti dalla legge».

41. L'art. 54, co. 5, del D.lgs. n. 151/2001 stabilisce che il licenziamento intimato alla lavoratrice in violazione delle disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 [dell'art. 54 del D.lgs. n. 151/2001], è nullo».

42. Il giudice annulla il

licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata

contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative. In quest'ultimo caso, qualora i contributi afferiscano ad altra gestione previdenziale, essi sono imputati d'ufficio alla gestione corrispondente all'attività lavorativa svolta dal dipendente licenziato, con addebito dei relativi costi al datore di lavoro. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro.

43. Art. 18, co. 7, della l. n. 300/1970.

nella disabilità fisica o psichica del lavoratore»<sup>44</sup>. Si ritiene pertanto che non si faccia più riferimento al licenziamento illegittimo poiché basato sulla sopravvenuta inidoneità fisica o psichica in realtà non sussistente per cui, in quanto "licenziamento economico" *rectius* giustificato motivo oggettivo inerente il lavoratore, ai sensi dell'art. 1, co. 7, lett. c) della l. n. 183/2014, sarebbe esclusa la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, ma a fattispecie di licenziamento illegittimo proprio a causa della sussistente «disabilità fisica o psichica del lavoratore»<sup>45</sup>. Si pensa ai casi di lavoratore infortunato o malato che viene licenziato nonostante potesse essere adibito a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori<sup>46</sup>, al caso di risoluzione del rapporto di lavoro del la-

voratore infortunato o malato in mancanza dell'avvenuto accertamento da parte della commissione competente riguardo alla definitiva impossibilità di reinserire il lavoratore all'interno dell'azienda<sup>47</sup> o ad altri casi in cui la legge pone restrizioni ai licenziamenti dei lavoratori disabili<sup>48</sup>. Pertanto in caso di licenziamento motivato dalla insussistente inidoneità fisica o psichica del lavoratore sembra applicabile la disciplina di cui all'art. 3, co. 1, del D.lgs. n. 23/2015 relativa alla mancanza di giustificato motivo oggettivo.

Il D.lgs. n. 23/2015 non si occupa invece di disciplinare il licenziamento per asserito superamento del periodo di comporta in realtà non ancora verificatosi, ipotesi che invece viene disciplinata dall'art. 18, co. 4, della l. n. 300/1970.

## DISABILITÀ FISICA O PSICHICA DEL LAVORATORE

### Gruppi 2, 4, 5 (nuovi grandi e piccole + vecchi neo-grandi) (Art. 2, co. 1-2, D.Lgs. n. 23/2015)

Reintegrazione (servizio da riprendere entro 30 giorni)

Indennità  $\geq 5$  mensilità (- *aliunde perceptum*)

Contributi previdenziali, assistenziali

#### Oppure, entro 30 giorni (Art. 2, co. 3, D.Lgs. n. 23/2015)

Lavoratore può chiedere indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale = 15 mensilità

### Gruppo 1 (vecchi grandi) (Art. 18, co. 4, l. n. 300/1970)

Reintegrazione (servizio da riprendere entro 30 gg.)

Indennità  $\leq 12$  mensilità (- *aliunde perceptum* e *aliunde percipiendum*)

Contributi previdenziali, assistenziali + interessi legali (differenziale tra quanto dovuto e quanto già versato da altri)

#### Oppure, entro 30 giorni (Art. 18, co. 3, l. n. 300/1970)

Lavoratore può chiedere indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale = 15 mensilità

### Gruppo 3 (vecchi piccole Art. 8, l. 604/1966)

Datore decide tra: riassunzione (entro 3 giorni) o indennità  $2,5 \text{ mensilità} \leq x \leq 6 \text{ mensilità}$

☒ numero dipendenti; dimensioni impresa; all'anzianità di servizio; comportamento/condizioni delle parti

44. Art. 2, co. 4, del D.lgs. n. 23/2015.

45. Così A. Bottini, *Licenziamento per disabilità, più garanzie*, in *Il Sole 24 Ore*, 08 aprile 2015, pag. 35.

46. Cfr. art. 4, co. 4, della l. n. 68/1999, richiamato sia dall'art. 2, co. 4, del D.lgs. n. 23/2015 sia dall'art. 18, co. 7, della l. n.

300/1970, secondo cui «l'infortunio o la malattia non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui [i lavoratori] possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori».

47. Cfr. art. 10, co. 3, della l. n. 68/1999, richiamato sia dall'art. 2, co. 4, del D.lgs. n. 23/2015 sia

dall'art. 18, co. 7, della l. n. 300/1970, secondo cui «il rapporto di lavoro può essere risolto nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, la [commissione istituita presso le unità sanitarie locali mediche di cui all'art. 1 della l. n. 295/1990 integrata da un operatore sociale e da un esperto nei casi da esaminare, in servizio presso le

unità sanitarie locali] accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda».

48. L'art. 2, co. 4, del D.lgs. n. 23/2015 infatti si riferisce «anche» ai predetti casi dell'art. 4, co. 4, e 10, co. 3 della l. n. 68/1999 lasciando quindi la categoria aperta.

### Licenziamento disciplinare insussistente

L'art. 3 del D.lgs. n. 23/2015 stabilisce le tutele in caso di illegittimità del c.d. licenziamento disciplinare *rectius* del licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa, prevedendo due fattispecie di illegittimità diverse.

Il secondo comma di tale articolo, che si applica solo alle imprese che integrino i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, co. 8-9 della l. n. 300/1970<sup>[49]</sup>, affronta la parte più delicata dell'intero decreto poiché riconosce la c.d. nuova tutela reintegratoria attenuata «esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento»<sup>[50]</sup>. In tale ipotesi il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo

del trattamento di fine rapporto<sup>[51]</sup>, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'art. 4, co. 1, lettera c), del D.lgs. n. 181/2000, e successive modificazioni<sup>[52]</sup>. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria relativa al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione non può essere superiore a dodici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, senza applicazione di sanzioni per omissione contributiva<sup>[53]</sup>. Il lavoratore può richiedere, entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della pronuncia o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, l'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro<sup>[54]</sup>.

### LICENZIAMENTO DISCIPLINARE INSUSSISTENTE

#### Gruppo 1 (vecchi grandi) (Art. 18, co. 4, l. n. 300/1970)

Reintegrazione (servizio da riprendere entro 30 gg.)

**49.** I nuovi assunti delle imprese che non integrino i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, co. 8-9 della l. n. 300/1970 nelle circostanze definite da tale comma beneficeranno quindi, al pari dei vecchi assunti in tali imprese, delle tutele di cui all'art. 8 della l. n. 604/1966, per cui il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti. Considerando inoltre che la misura massima della predetta indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e

fino a 14 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro.

**50.** Secondo la relazione illustrativa al D.lgs. n. 23/2015 «fermo restando l'onere della prova a carico del datore di lavoro rispetto alla legittimità del motivo addotto per il licenziamento, l'onere della prova rispetto all'insussistenza del fatto materiale contestato [...] è in capo al lavoratore».

**51.** Si veda la nota 29.

**52.** Sul punto è opportuno sottolineare la differenza con quanto disposto dall'art. 18, co. 4, l. n. 300/1970 che prevede la determinazione dell'aliunde percipiendum come «quanto [il lavoratore licenziato] avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una

nuova occupazione». Tale formulazione è il risultato della concreta applicazione della regola generale di cui all'art. 1227, co. 2, c.c., che impone al creditore o al danneggiato di evitare, usando la normale diligenza, i danni che possano essere arrecati alla propria sfera giuridica dall'altrui comportamento illecito, sempre che ciò non risulti per i medesimi troppo oneroso o incida in misura apprezzabile sulla loro libertà d'azione e che, per giurisprudenza consolidata, si applica anche ai rapporti di lavoro (vedi Cass. 28 ottobre 2013, n. 24265 richiamata, da ultimo, da Cass. 20 febbraio 2015, n. 3486).

**53.** L'art. 18, co. 4, l. n. 300/1970 precisa che i contributi debbano essere «maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente

tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative». Rimane pertanto il dubbio se si applicano le sanzioni per ritardata contribuzione, e se sia dovuto il versamento dei contributi pieni anche se il lavoratore, tra il momento del licenziamento e quello della reintegra, ha percepito un'altra contribuzione.

**54.** Non viene tuttavia previsto, a differenza dell'art. 18, co. 4, l. n. 300/1970, che «a seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro».

Indennità  $\leq 12$  mensilità (- *aliunde perceptum* e *aliunde percipiendum*)

Contributi previdenziali, assistenziali + interessi legali (differenziale tra quanto dovuto e quanto già versato da altri)

**Oppure, entro 30 giorni (Art. 18, co. 3, l. n. 300/1970)**

Lavoratore può chiedere indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale = 15 mensilità

**Gruppi 2 e 5 (nuovi grandi e nuovi+vecchi neo-grandi) (Art. 3, co. 2-3, D.Lgs. n. 23/2015)**

Reintegrazione

Indennità  $\leq 12$  mensilità (- *aliunde perceptum* e *aliunde percipiendum*)

Contributi previdenziali, assistenziali

**Oppure, entro 30 giorni (Art. 2, co. 3, D.Lgs. n. 23/2015)**

Lavoratore può chiedere indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale = 15 mensilità

**Gruppo 3 e 4 (nuovi piccole Art. 9, co. 1, D.lgs n. 23/2015) (vecchi piccole Art. 8, l. 604/1966)**

Datore decide tra: riassunzione (entro 3 giorni) o indennità 2,5 mensilità  $\leq x \leq 6$  mensilità

$\propto$  numero dipendenti; dimensioni impresa; all'anzianità di servizio; comportamento/condizioni delle parti

### Valutazione sulla sproporzione

Uno degli aspetti centrali di questa norma riguarda la previsione per il giudice di astenersi dalla «valutazione circa la sproporzione del licenziamento» che pare porsi in contrasto con l'art. 2106 c.c., disposizione che prevede che, per i comportamenti in violazione degli artt. 2104 c.c. e 2105 c.c., cioè in violazione degli obblighi di diligenza, obbedienza, fedeltà, devono essere applicate sanzioni proporzionate alla gravità dell'infrazione<sup>55</sup>. Pare quindi opportuno analizzare il rapporto tra le due norme, poiché vi è una norma speciale successiva che stabilisce che il giudice non può valutare la proporzionalità della sanzione ed una norma generale precedente, ma non abrogata, che attribuisce al giudice il potere di stabilire la congruità della sanzione con riferimento alla condotta del lavoratore. Ai sensi del D.lgs. n. 23/2015 quindi il giudice dovrà limitarsi a verificare la sussistenza del «fatto materiale contestato al lavoratore» non rilevando la circostanza che la sanzione irrogata dal datore potrebbe non rispettare i parametri di cui all'art. 2106 c.c.

Tuttavia a fronte di tale scenario si ipotizza che la magistratura del lavoro, sinora particolarmente attiva nel ruolo di interprete della normativa, tenterà di

trovare spazi per esprimere il proprio convincimento in maniera ben più estesa rispetto allo spazio che pare averle riservato il legislatore. D'altronde l'istinto ed anche compito del giudice è di utilizzare le norme di legge per stabilire la giustizia del caso concreto ed è quindi ipotizzabile che i giudici, che non sono e non si sentono burocrati, saranno portati a misurare comunque la gravità del comportamento del lavoratore per verificare se è tale da giustificare il licenziamento. Questa operazione probabilmente, come avvenuto peraltro in passato con la legge Biagi, verrà effettuata combinando i frammenti normativi a disposizione per creare nuovi ragionamenti volti a valutare nel merito la decisione aziendale.

Ad una prima lettura pare che siano le parti stesse del contratto individuale che potrebbero richiedere l'intervento del giudice attraverso i classici rinvii al CCNL presenti nella maggioranza delle lettere di assunzione che potrebbero far intravedere la scelta con cui le parti, più o meno consapevolmente, hanno inteso rinviare ad una disciplina di miglior favore. Solitamente infatti l'autonomia privata, onde evitare di formulare contratti lunghi ed articolati, rinvia alla contrattazione collettiva per stabilire le mansioni, la qualifica, l'inquadramento, ma anche la determina-

55. Secondo S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, WP CSDLLE "Massimo D'Antona".IT,

2015, 246 tale disposizione esibisce una assai dubbia compatibilità con la delega «poiché, però, in tal caso è

anzitutto la manifesta irrazionalità *ex se* della previsione normativa, con il suo espresso divieto del controllo di

proporzionalità, a porsi in insanabile contraddizione con i principi costituzionali».

zione delle sanzioni disciplinari, compreso il licenziamento. Su questo ultimo aspetto accanto al contratto collettivo, possono essere presenti anche specifici regolamenti aziendali, per cui la volontà delle parti di fare riferimento al contratto aziendale, all'interno del contratto individuale, dovrebbe intendersi come ulteriore manifestazione di volontà di fare riferimento ad un dato contesto normativo. I giudici potrebbero pertanto ritenere che se il contratto individuale rinvia al contratto collettivo o al codice disciplinare, che per una data condotta non prevede una sanzione espulsiva, ma una sanzione conservativa in relazione allo specifico fatto materiale, allora quella valutazione sarà vincolante in quanto norma di maggior favore.

Ciò riporta a quanto previsto dall'art. 18, co. 4, della l. n. 300/1970 che stabilisce, con riferimento al proprio ambito di applicazione, che il giudice debba annullare il licenziamento avente ad oggetto un fatto che rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, e, di conseguenza, condannare il datore alla reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore ed al pagamento di una indennità risarcitoria<sup>56</sup>. Tale disposizione costituisce uno strumento a tutela dell'autonomia collettiva che, tra i poteri attribuiti sulla base dell'art. 39 della Costituzione, si occupa anche di individuare le sanzioni disciplinari da applicare alle condotte colpose o comunque manchevoli dei lavoratori. Tale previsione non viene tuttavia replicata nel D.lgs. n. 23/2015, ma, come accennato, il relativo contenuto potrebbe comunque applicarsi anche nel caso in cui il datore licenzi un lavoratore (a cui si applica la nuova disciplina) per una condotta punibile con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili.

Si rileva come l'elemento essenziale dell'art. 18, co. 4, della l. n. 300/1970 è la circostanza che sia il datore sia il lavoratore licenziato concordano sulla sussistenza del «fatto» posto alla base del licenziamento

con la differenza che il datore lo ha ritenuto idoneo ad integrare gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, mentre il lavoratore, sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, afferma che tale condotta, fosse da punire con una sanzione conservativa non potendo quindi essere individuata come fatto materiale contestabile ai fini del licenziamento. Attraverso i rinvii al contratto collettivo o al codice disciplinare presenti nel contratto individuale infatti le parti hanno deciso di dare una determinata qualificazione ai fatti contestabili, ancorando la contestazione di un fatto ai fini del licenziamento al presentarsi di determinate circostanze che connotano un certo livello di gravità<sup>57</sup>. Pertanto in questo caso la volontà negoziale delle parti ha deciso che ai fini della sussistenza del fatto materiale devono essere presenti i requisiti previsti nel contratto collettivo o nel codice disciplinare a cui si è deciso di rinviare e spetta quindi al giudice valutare se il fatto contestato rientra tra i comportamenti tipizzati dalla contrattazione collettiva o meno.

Questo passaggio appare essenziale per comprendere il significato del requisito che la nuova disciplina prevede per far sorgere il diritto alla reintegrazione nella ipotesi di licenziamento disciplinare ingiustificato, la insussistenza del fatto «materiale contestato»<sup>58</sup>. Altrimenti potrebbe ritenersi che posta la pacifica sussistenza del «fatto», di lievissimo rilievo disciplinare o comunque da punire con una sanzione conservativa e non con il licenziamento, il lavoratore non potrebbe in ogni caso ambire alla tutela reale prevista dall'art. 3, co. 2, del D.lgs. n. 23/2015 poiché allegando che il fatto contestato non ha rilevanza disciplinare o rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa affermerebbe *in re ipsa* la sussistenza del medesimo. Tuttavia tale ricostruzione non pare corretta proprio in virtù del rinvio ad una normativa di miglior favore effettuata dalle parti.

56. Per un approfondimento si veda C. Berrini Ceschi, *L'art. 18, c. 4, Stat. lav.: il riferimento ai contratti collettivi e al codice disciplinare. Interpretazione dottrinale ed applicazione giurisprudenziale*, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, 2014, 10, pag. 845-852.

57. Secondo E. Barraco, *cit.*, pag. 129 «il fatto deve sicuramente sussistere nella sua materialità, essere imputabile e – come ulteriore condizione – configurare altresì un inadempimento».

58. Per la interpretazione della nozione di «fatto materiale» e per la determinazione riguardo alla

sua sussistenza si veda Cass. 6 novembre 2014 n. 23669, per un cui commento si rinvia a R. Del Punta, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18, in corso di pubblicazione sulla Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*; M. Buconi, *L'insussistenza del fatto contestato e il giudizio di*

proporzionalità nel licenziamento disciplinare, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, 2015, 2, pag. 156-165; A. Vallebona, *Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto (nota a Cass. civ. Sez. lav., 6 novembre 2014, n. 23669)*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2014, 12, pag. 875.

A scopo esemplificativo pare utile ragionare su di una ipotesi teorica tratta dalla sezione IV, Titolo VII, art. 9 del CCNL per i lavoratori addetti all'Industria Metalmeccanica Privata e alla Installazione di Impianti. Si ponga il caso di un lavoratore licenziato con l'accusa di aver contravvenuto al divieto di fumare in un luogo ove è proibito ed in cui la proibizione è indicata con apposito cartello (fattispecie che, ai sensi dell'art. 9 del sopracitato CCNL, comporta i provvedimenti di ammonizione scritta, multa o sospensione).

Nulla quaestio ove il lavoratore non sia un fumatore e pertanto possa provare la «insussistenza del fatto materiale» dimostrando di non aver mai fumato in azienda. In tal caso il lavoratore potrebbe tuttavia impugnare il licenziamento spiccatamente pretestuoso, tentando di dimostrarne, ai sensi dell'art. 2, co. 1, del D.lgs. n. 23/2015, l'intento discriminatorio. In questo caso sarà quindi irrilevante la circostanza che il datore abbia violato quanto previsto dal contratto collettivo poiché l'elemento dirimente sarà la pretestuosità del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento.

Più controverso appare invece il caso in cui il lavoratore licenziato per i motivi di cui sopra, ma conscio di aver fumato in un'area in cui era proibito, impugni il licenziamento affermando che, ai sensi del contratto collettivo che le parti si sono obbligate ad applicare in sede di stipula del contratto, il datore avrebbe dovuto sanzionare quella condotta non con il licenziamento, ma con ammonizione scritta, multa o sospensione. In questo caso tuttavia il giudice che dovesse ritenere, sulla base della contrattazione collettiva di riferimento, che effettivamente non ricorrano gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa non potrebbe fare riferimento a disciplina diversa rispetto a quella più favorevole che le parti hanno volontariamente deciso di applicare.

Ragionando in maniera contraria si verrebbe a creare l'evidente paradosso che il datore potrebbe procedere a licenziamenti disciplinari per condotte di tenue rilevanza forte del fatto che il giudice non potrebbe condannarlo alla reintegrazione del lavora-

tore licenziato ove il fatto contestato, anche privo di rilevanza disciplinare, si sia realmente verificato.

Tale circostanza appare però scongiurata da una riflessione più approfondita che analizzi la nuova normativa in relazione al resto dell'ordinamento giuridico. Posto che il D.lgs. n. 23/2015 non interviene sui presupposti che legittimano il licenziamento, ma solo sulle conseguenze da ricondurre al licenziamento illegittimo, per la corretta interpretazione delle nuove norme appare necessario ricordare che, in base al nostro ordinamento giuridico, il rapporto di lavoro può «estinguersi esclusivamente per le cause a tal fine previste dalla legge»<sup>59</sup> e segnatamente, per quanto qui interessa, che, ai sensi dell'art. 1 della l. n. 604/1966, «il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'articolo 2119 del Codice civile o per giustificato motivo», come definito dall'art. 3 della medesima norma.

Dette fattispecie sono pacificamente ritenute "elastiche", quali espressioni della volontà del legislatore di renderle adeguabili al mutare del contesto storico-sociale ed infatti non sono presenti tipizzazioni ex lege di condotte in grado di integrarle<sup>60</sup>. Come accennato sopra, tale adeguamento è stato tradizionalmente di competenza della contrattazione collettiva che, in base all'art. 39 della Costituzione, si è occupata delle infrazioni disciplinari individuando le sanzioni concretamente applicabili in caso di condotte manchevoli del lavoratore. La contrattazione collettiva quindi, al fine di riempire di contenuto gli istituti della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo svolge una valutazione, in astratto, della gravità di determinati comportamenti che tiene conto anche del contesto storico-sociale e dell'ambito economico di riferimento. Attraverso il risultato di tale valutazione, da leggere secondo le regole legali di ermeneutica contrattuale, è quindi possibile stabilire la sanzione applicabile a una data condotta di un lavoratore al quale venga applicato il contratto collettivo che la prevede. In particolare, per consolidato orientamento giurisprudenziale, si ritiene che «ove un determinato comportamento del lavoratore subordinato sia contemplato dal contratto collettivo come inte-

59. Cass. 02 luglio 2013, n. 16507.

60. Cfr., ex multis, Cass. 18 novembre 2013, n. 25824; Cass. 08 agosto 2011, n. 17093.

grante una specifica infrazione disciplinare, a cui corrisponda una sanzione di tipo conservativo, non può tale comportamento essere oggetto da parte del giudice [N.d.A. o del datore di lavoro] di una autonoma e più grave valutazione implicante l'adozione di una sanzione di carattere espulsivo che sia prevista per una più ampia e generale figura di infrazione disciplinare, nella quale quel comportamento possa essere ricompreso, dovendo ritenersi che l'autonomia collettiva, nella specificazione e graduazione delle mancanze disciplinari, abbia compiuto la valutazione della gravità di quel peculiare comportamento, come illecito disciplinare di grado inferiore e meritevole pertanto di una più lieve sanzione, escludendolo dall'ambito della più generale figura di infrazione disciplinare e dalle più gravi conseguenze sanzionatorie»<sup>61</sup>.

Considerata quindi la funzione della contrattazione collettiva di determinare le fattispecie che danno luogo a giusta causa (o licenziamento senza preavviso) e giustificato motivo (o licenziamento con preavviso) si potrebbe ritenere che ove le parti del contratto individuale si siano impegnate a osservare un determinato contratto collettivo il giudice debba tenerne conto in caso di licenziamento. Secondo la giurisprudenza di legittimità infatti «i contratti collettivi non aventi efficacia *erga omnes* costituiscono atti aventi natura negoziale e privatistica, applicabili esclusivamente ai rapporti individuali intercorrenti tra soggetti iscritti alle associazioni stipulanti o che, in mancanza di tale condizione, abbiano espressamente aderito ai patti collettivi o li abbiano implicitamente recepiti, attraverso un comportamento concludente desumibile da una costante e prolungata applicazione, senza contestazione alcuna, delle relative clausole al singolo rapporto. Ne consegue che, ove una delle parti faccia riferimento, per la decisione della causa, ad una clausola di un determinato contratto collettivo di lavoro, il giudice del merito ha il compito di valutare in concreto il comportamento posto in essere dal datore di lavoro e dal lavoratore, allo scopo di accertare, pur in difetto della iscrizione

alle associazioni sindacali stipulanti, se dagli atti siano desumibili elementi tali da indurre a ritenere ugualmente sussistente la vincolatività della contrattazione collettiva invocata»<sup>62</sup>. Ove le parti intendessero invece far prevalere la disciplina del D.lgs. 23/2015 su quella stabilita dalla contrattazione collettiva o dai codici disciplinari avrebbero sostanzialmente due possibilità: la prima è quella di precisare nel documento contrattuale che per quanto riguarda le infrazioni disciplinari le parti concordano di fare esclusivo riferimento al D.lgs. 23/2015. In tal caso, per dimostrare che tale pattuizione è frutto della comune volontà di entrambi i contraenti, le parti potranno ricorrere all'istituto della certificazione di cui al titolo VIII, capo I, D.lgs. n. 276/2003<sup>63</sup>. Ove le parti ottenessero la certificazione infatti, come stabilito dall'art. 30, co. 2, l. n. 183/2010, c.d. collegato lavoro, nell'interpretazione delle clausole del contratto di lavoro il giudice non potrà discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione, salvo il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione. La seconda possibilità è invece quella, più drastica, di non fare riferimento al contratto collettivo. Si ricorda infatti che, in virtù delle clausole di inscindibilità presenti in diversi contratti collettivi, non è possibile scegliere quali parti del contratto collettivo applicare e quali tralasciare, pertanto alle parti, ove il datore non sia iscritto a nessuna associazione datoriale, spetta solo la scelta se fare riferimento ad un contratto collettivo o meno. Le parti potrebbero così decidere di non fare alcun rinvio al contratto collettivo e quindi di non applicarlo, in tal caso tuttavia la gestione del rapporto di lavoro appare complessa poiché dovranno stabilire tutti gli aspetti del rapporto di lavoro per cui generalmente si rinvia alla contrattazione collettiva, come l'inquadramento, la retribuzione, l'orario di lavoro. D'altra parte però effettuando tale scelta il datore di lavoro, secondo quanto previsto dalla Circ. INPS 29.1.2015, n. 17 potrebbe essere escluso dagli esoneri contributivi previsti dalla l.

61. Cass. sez. lav. 29 gennaio 1988, n. 820, in senso conforme vedi anche Cass. sez. lav. 04 febbraio 1988, n. 1177; Cass. sez. lav. 15 dicembre 1989, n. 5645 più recentemente richiamate, tra le altre, da

Cass. sez. lav. 26 giugno 2013, n. 16098

62. Cass. sez. lav. 29 ottobre 2013, n. 24336. In senso conforme si veda anche Cass. sez. lav. 08 maggio 2009, n.

10632; Cass. sez. lav. n. 14 aprile 2001 n. 5596; Cass. sez. lav. n. 29 luglio 2000 n. 10002.

63. Per un approfondimento sullo strumento della certificazione, sia consentito

rinviare a Flavia Pasquini e Michele Tiraboschi, *La certificazione dopo il collegato lavoro (Legge n. 183 del 2010). Manuale di teoria e pratica*, de Il Sole 24 Ore, 2011.

n. 190/2014 poiché detta circolare subordina tali benefici, richiamando l'art. 1, co. 1175, della l. n. 296/2006, al «rispetto degli accordi e contratti collettivi nazionali nonché di quelli regionali, territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Tale interpretazione tuttavia pare in contrasto con l'orientamento precedentemente espresso dal Ministero del lavoro – da cui l'Inps è controllato – nella circolare 30 gennaio 2008, n. 5 in cui, con riferimento all'art. 1, co. 1175, della l. n. 296/2006, si precisa che «in linea generale va rilevato che il concetto di beneficio richiama inevitabilmente il rapporto fra "regola ed eccezione" in quanto, a fronte di una disciplina generale che impone oneri di carattere economico-patrimoniale ad una generalità di soggetti, il beneficio si configura come una "eccezione" nei confronti di coloro che in presenza di specifici presupposti soggettivi sono ammessi ad un trattamento agevolato che riduce o elimina totalmente tali oneri. Per quanto attiene ai benefici contributivi, pertanto, gli stessi sembrano potersi individuare in quegli sgravi collegati alla costituzione e gestione del rapporto di lavoro che rappresentano una deroga all'ordinario regime contributivo, deroga che però non configura una ipotesi agevolativa nel caso in cui lo sgravio non sia costruito come "abbattimento" di una aliquota più onerosa, calcolata secondo i normali parametri statistico-attuariali, ma rappresenti la "regola" per un determinato settore o categoria di lavoratori.

Di conseguenza, non rientrano nella nozione in esame quei regimi di "sottocontribuzione" che caratterizzano [...] specifiche tipologie contrattuali (apprendistato) con una "speciale" aliquota contributiva prevista dalla legge, ambiti nei quali il totale abbattimento o la riduzione dell'onere economico-patrimoniale nei confronti della platea dei destinatari costituisce l'ipotesi ordinaria, in quanto l'intervento a carico del bilancio statale, dettato da ragioni di carattere politico-economico, prescinde da specifiche ed ulteriori condizioni richieste al soggetto beneficiario»<sup>64</sup>. Pertanto posto che l'art. 1, co. 118, della l. n. 190/2014 riconosce «l'esonero dal versamento dei

complessivi contributi previdenziali a carico dei datori di lavoro» che procedono a «nuove assunzioni con contratto di lavoro a tempo indeterminato [...] decorrenti dal 1° gennaio 2015 con riferimento a contratti stipulati non oltre il 31.12.2015», seguendo la interpretazione del Ministero del lavoro, non pare che tale misura possa essere identificata come «beneficio contributivo» e pertanto spetterebbe anche ai datori di lavoro che decidano di stipulare contratti a tempo indeterminato senza far riferimento ad alcun contratto collettivo. Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti sembra quindi lasciare maggior spazio all'autonomia dei privati, mentre il contratto a tempo indeterminato ordinario è completamente governato da norme inderogabili secondo uno schema prestabilito eteronomo. Posto quindi che con il D.lgs. 23/2015 sono emersi spazi d'autonomia nelle fasi di assunzione e di cessazione del rapporto le parti potrebbero anche valutare di sfruttare le possibilità offerte dall'art. 30, co. 3, l. 183/2010 secondo cui «nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti [...] nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione di cui al titolo VIII del Dlgs 10.9.2003, n. 276, e successive modificazioni». Pertanto, al fine di aumentare la trasparenza nella gestione del rapporto di lavoro, i datori di lavoro potrebbero individuare le casistiche di licenziamento che ritengono più rilevanti riguardo alla propria attività, contemplando eventualmente anche condotte legate al comportamento aziendale, alla fiducia, all'uso dei mezzi aziendali che dovessero assumere un determinato valore per l'impresa, e sottoporle a procedura di certificazione. In questo modo, ove ricorresse una delle ipotesi tipizzate e certificate, il datore potrebbe effettuare il licenziamento con maggiore tranquillità ed il lavoratore sarebbe disincentivato a tentare il contenzioso sapendo che il giudice nella valutazione del caso si atterrà a quanto stabilito dalle parti nel contratto individuale. In conclusione si ritiene inoltre che per tutti i casi in cui il datore eroghi un licenziamento in violazione degli obblighi derivanti dalla contrattazione collettiva o dall'autonomia individuale

64. Circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale del 30 gennaio 2008, n. 5 avente ad oggetto «decreto recante le modalità di rilascio ed i contenuti analitici del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) di cui all'art. 1, comma 1176, della legge n. 296 del 2006».

certificata il lavoratore potrebbe chiedere, ex art. 1218 c.c., la condanna del datore al risarcimento del danno derivato dall'inadempimento di una obbligazione prevista nel contratto individuale o dalla contrattazione collettiva. La giurisprudenza infatti ritiene che «la questione relativa alla sussistenza della responsabilità risarcitoria del datore per licenziamento illegittimo deve ritenersi regolata dalle norme del cod. civ. in tema di risarcimento del danno conseguente a inadempimento delle obbligazioni»<sup>65</sup>. L'ottenimento del risarcimento richiederebbe a chi agisce di provare la fonte (in questo caso negoziale) del suo diritto e il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza

dell'inadempimento della controparte, mentre il convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Particolarmente suggestive mi sembrano poi le prospettive in tema di liquidazione del *quantum* risarcibile poiché, per giurisprudenza consolidata, si ritiene che la misura del danno debba avere ad oggetto l'intero pregiudizio subito, essendo il risarcimento diretto alla completa restitutio in *integrum* del patrimonio leso. Naturalmente, accertando il danno ed il nesso causale, a ciò potrebbe poi aggiungersi il riconoscimento del diritto del lavoratore al risarcimento del danno professionale, biologico o esistenziale.

#### IL FATTO CONTESTATO RIENTRA TRA LE CONDOTTE PUNIBILI CON UNA SANZIONE CONSERVATIVA (\*)

##### Gruppi 1 (vecchi grandi) (Art. 18, co. 4, l. n. 300/1970)

Reintegrazione (servizio da riprendere entro 30 giorni)

Indennità ≤ 12 mensilità (- *aliunde perceptum* e *aliunde percipiendum*)

Contributi previdenziali, assistenziali + interessi legali (differenziale tra quanto dovuto e quanto già versato da altri)

##### Oppure, entro 30 giorni (Art. 18, co. 3, l. n. 300/1970)

Lavoratore può chiedere indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale = 15 mensilità

##### Gruppi 2, 3, 4, 5 (vecchi e nuovi grandi e piccole + vecchi neo-grandi)

Tale ipotesi non è contemplata, pertanto bisognerà attendere le prime sentenze per capire come verrà tutelata

(\*) Sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili.

#### Licenziamento disciplinare non fondato

Oltre al caso di insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, il D.lgs. n. 23/2015 prevede anche il caso in cui, il fatto sussista, ma non sia comunque idoneo ad integrare gli estremi del licenziamento per giustificato motivo soggettivo o giusta causa. Tale vizio del licenziamento dà luogo solo alla nuova tutela indennitaria piena per cui, ai sensi dell'art. 3, co. 1, del D.lgs. n. 23/2015, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assogget-

tata a contribuzione previdenziale che per le imprese che integrano i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, co. 8-9 della l. n. 300/1970 è di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto<sup>66</sup> per ogni anno di servizio<sup>67</sup>, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità<sup>68</sup>, mentre per le piccole imprese, ai sensi dell'art. 9, co. 1, del D.lgs. n. 23/2015 è di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto<sup>69</sup> per ogni anno di

65. Cass. 10 luglio 2013, n. 17123.

66. Si veda la nota 29.

67. Ai sensi dell'art. 8 del D.lgs. n. 23/2015 per le frazioni di anno d'anzianità di servizio, le indennità e l'importo sono riproporzionati e le

frazioni di mese uguali o superiori a quindici giorni si computano come mese intero.

68. Il D.lgs. n. 23/2015, rispetto alla tutela prevista dall'art. 18, co. 5, della l. n. 300/1970 prevede un importo minimo sensibilmente

inferiore poiché tale norma parte da un minimo di 12 mensilità, sebbene raggiunga poi lo stesso importo massimo.

69. Anche qui valgono gli stessi ragionamenti di cui alla nota 29 poiché anche la tutela

prevista per i vecchi assunti nelle piccole imprese prevede che, ove, ai sensi dell'art. 8 della l. n. 604/1966, il datore di lavoro opti per il pagamento dell'indennità, questa venga assegnata sulla base dell'ultima retribuzione globale di fatto.

servizio<sup>170</sup>, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a sei mensilità<sup>171</sup>.

L'elemento più interessante di tale forma di tutela è evidentemente il metodo scelto dal legislatore per calcolare la indennità spettante al lavoratore, che non dipende più dalla valutazione del giudice in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo, ma si basa su una semplice operazione di moltiplicazione.

Si rileva inoltre che, a differenza dell'art. 18, co. 5, della l. n. 300/1970 che fa espresso riferimento alla natura «onnicomprensiva» della indennità risarcitoria<sup>172</sup>, l'art. 3, co. 1, del D.lgs. n. 23/2015 non precisa tale aspetto.

### Licenziamento economico

Conformemente a quanto previsto dall'art. 1, co. 7, lett.

c) della l. n. 183/2014, l'art. 3, co. 1, del D.lgs. n. 23/2015 prevede solo l'indennizzo economico nei casi in cui il licenziamento non integri gli estremi del giustificato motivo oggettivo, escludendo quindi la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro. In tal caso si applica la stessa disciplina prevista per il licenziamento disciplinare non fondato così che tale previsione risulta decisamente più restrittiva di quanto previsto dall'art. 18 co. 7, della l. n. 300/1970 che prevede che nel caso in cui il giudice accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo abbia facoltà di applicare la tutela reintegratoria attenuata<sup>173</sup>.

L'art. 3, co. 3, del D.lgs. n. 23/2015 prevede inoltre che nei casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo non sia più necessario il ricorso alla conciliazione preventiva introdotta dalla l. n. 92/2012 c.d. riforma Fornero, attraverso l'art. 7 della l. n. 604/1966 successivamente modificato dal d.l. n. 76/2013 (convertito dalla l. n. 99/2013) c.d. pacchetto lavoro.

## NON RICORRONO GLI ESTREMI DEL LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO O SOGGETTIVO O GIUSTA CAUSA

### Gruppo 1 (vecchi grandi) (Art. 18, co. 5, l. 300/1970)

Rapporto di lavoro risolto dalla data del licenziamento

Indennità = 12 mensilità  $\leq x \leq$  24 mensilità

∞ anzianità; numero dipendenti occupati; dimensioni attività economica; comportamento e condizioni delle parti

**Nei licenziamenti economici il Giudice può applicare Art. 18, co. 4, l. n. 300/1970 (Art. 18, co. 7)**

### Gruppi 2 e 5 (nuovi grandi e nuovi + vecchi neo-grandi) (Art. 3, co. 1, D.lgs n. 23/2015)

Rapporto di lavoro estinto dalla data del licenziamento

Indennità (non assoggettata a contribuzione previdenziale) = 4 mensilità  $\leq x \leq$  24 mensilità

$x = 2$  mensilità per anno di servizio

### Gruppo 3 (vecchi piccole) (Art. 8, l. n. 604/1966)

Datore decide tra: riassunzione (entro 3 giorni) o indennità 2,5 mensilità  $\leq x \leq$  6 mensilità

∞ numero dipendenti occupati; dimensioni impresa; all'anzianità di servizio; comportamento/condizioni delle parti

### Gruppo 4 (nuovi piccole) (Art. 9, co. 1, D.lgs n. 23/2015)

Rapporto di lavoro estinto dalla data del licenziamento

Indennità (non assoggettata a contribuzione previdenziale) = 2 mensilità  $\leq x \leq$  6 mensilità

$x = 1$  mensilità per anno di servizio

70. Si veda la nota 67.

71. Il D.lgs. n. 23/2015, rispetto alla tutela prevista dall'art. 8 della l. n. 604/1966, oltre ad eliminare la possibilità per il lavoratore di essere riassunto, prevede quindi una indennità leggermente inferiore nell'ammontare minimo visto

che in tal caso la base è 2,5 mensilità.

72. Cioè vanno compresi tutti gli emolumenti che trovano la loro causa tipica e normale nel rapporto di lavoro cui sono istituzionalmente connessi, anche se non strettamente correlati alla effettiva prestazione lavorativa,

mentre ne vanno escluse solo quelle somme rispetto alle quali il rapporto di lavoro costituisce una mera occasione contingente per la relativa fruizione (cfr. Cass. 01 ottobre 2012, n. 16636 che, nel caso di specie ha ritenuto di ricomprendere nel calcolo della retribuzione anche il controvalore dell'uso dell'autovettura di

proprietà del datore di lavoro utilizzata anche per motivi personali, le relative spese di assicurazione e accessorie nonché le polizze assicurative stipulate dal datore di lavoro a favore del lavoratore).

73. Si veda la nota 42.

### Vizi formali e procedurali

L'art. 4 del D.lgs. n. 23/2015 disciplina anche il quadro sanzionatorio nella ipotesi in cui il licenziamento, pur non integrando le fattispecie definite dagli artt. 2 e 3 dello stesso decreto, sia intimato senza specificare i motivi che lo hanno determinato<sup>[74]</sup> o in violazione della procedura prevista in caso di licenziamento disciplinare dall'art. 7 della l. n. 300/1970. In tal caso il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale che per le imprese che integrano i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, co. 8-9 della l. n. 300/1970 è di importo pari ad una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto<sup>[75]</sup> per ogni anno di servizio<sup>[76]</sup>, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità<sup>[77]</sup>, mentre per le piccole im-

prese è pari a mezza mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto<sup>[78]</sup> per ogni anno di servizio<sup>[79]</sup>, in misura comunque non inferiore ad una e non superiore a sei mensilità<sup>[80]</sup>. Anche qui l'elemento di maggior novità consiste nella introduzione di un sistema di calcolo della misura della indennità che prescinde dalla valutazione motivata del giudice «riguardo alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro», basandosi unicamente sulla dimensione dell'azienda e sull'anzianità di servizio.

Tale articolo si presenta inoltre più snello rispetto all'art. 18, co. 6, della l. n. 300/1970 poiché è stato espunto il vizio di omesso esperimento della procedura di cui l'art. 7 della l. n. 604/1966 che, come accennato sopra, non è più richiesta con riferimento ai licenziamenti dei lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015.

### VIZI FORMALI E PROCEDURALI

#### Licenziamento intimato:

› senza motivazione

› senza esperire la procedura per i licenziamenti disciplinari

#### Gruppo 1 (vecchi grandi) (Art. 18, co. 6, l. n. 300/1970)

Rapporto di lavoro risolto dalla data del licenziamento

Indennità = 6 mensilità  $\leq x \leq 12$  mensilità

☒ gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro

#### Gruppi 2 e 5 (nuovi grandi e nuovi + vecchi neo-grandi) (Art. 4, D.lgs n. 23/2015)

Rapporto di lavoro estinto dalla data del licenziamento

Indennità (non assoggettata a contribuzione previdenziale) = 2 mensilità  $\leq x \leq 12$  mensilità

$x = 1$  mensilità per anno di servizio

#### Gruppo 3 (vecchi piccole)

Licenziamento inefficace per motivi di forma non produce effetti sulla continuità del rapporto e determina il diritto alla riammissione in servizio, oltre all'obbligo di risarcire il danno, commisurato alle retribuzioni non percepite (- aliunde perceptum) (Cass. 27 luglio 1999, n. 508)

#### Gruppo 4 (nuovi piccole) (Art. 9, co. 1, D.lgs n. 23/2015)

Rapporto di lavoro estinto dalla data del licenziamento

Indennità (non assoggettata a contribuzione previdenziale) = 1 mensilità  $\leq x \leq 6$  mensilità

$x = 0,5$  mensilità per anno di servizio

74. Adempimento prescritto dall'art. 2, co. 2, della l. n. 604/1966, così come modificato dall'art. 1, co. 37, della l. n. 92/2012.

75. Si veda la nota 29.

76. Si veda la nota 67.

77. Il D.lgs. n. 23/2015, rispetto

alla tutela prevista dall'art. 18, co. 6, della l. n. 300/1970 prevede un importo minimo sensibilmente inferiore poiché tale norma parte da un minimo di 6 mensilità, sebbene raggiunga poi lo stesso importo massimo.

78. Si veda la nota 69.

79. Si veda la nota 67.

80. Il D.lgs. n. 23/2015 appare decisamente più restrittivo riguardo alla ipotesi di licenziamento inefficace per motivi di forma nei confronti dei lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 dalle piccole imprese poiché in tal caso, in mancanza di una specifica

normativa, la giurisprudenza ha ritenuto che il licenziamento non produce effetti sulla continuità del rapporto e determina il diritto alla riammissione in servizio, oltre all'obbligo di risarcire il danno, commisurato alle retribuzioni non percepite, a cui va tuttavia sottratto l'aliunde perceptum (vd. Cass. 27 luglio 1999, n. 508).

**Licenziamento intimato in violazione della procedura di cui all'art. 7 della l. n. 604/1966, e successive modificazioni (conciliazione preventiva Riforma Fornero)****Gruppo 1 (vecchi grandi) Art. 18, co. 6, l. n. 300/1970**

Rapporto di lavoro risolto dalla data del licenziamento

Indennità = 6 mensilità  $\leq x \leq 12$  mensilità

∝ gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro

**Gruppi 2, 4, 5 (nuovi grandi e piccole + vecchi neo-grandi) (Art. 3, co. 4, D.Lgs. n. 23/2015)**

Tale vizio non sarà riscontrabile poiché la procedura di conciliazione Fornero non si applica nei confronti dei lavoratori facenti parte dei gruppi di cui sopra

**Gruppo 3 (vecchi piccole) (Art. 7, co. 1, l. n. 604/1966)**

Tale vizio non è riscontrabile poiché la procedura di conciliazione Fornero non si applica nei confronti dei lavoratori facenti parte del gruppo di cui sopra

**Revoca del licenziamento**

L'art. 5 del D.lgs. n. 23/2015 riprende inoltre il dettato dell'art. 18, co. 10, l. n. 300/1970 per confermare la facoltà per il datore di lavoro di revocare il licenziamento anche nei confronti dei lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015. Si conferma quindi che ove la revoca sia effettuata entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione al datore di lavoro dell'impugnazione del medesimo, il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità, con diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca, e non trovano applicazione i regimi sanzionatori previsti dal D.lgs. n. 23/2015.

**Offerta di conciliazione**

L'art. 6, co. 1, del D.lgs. n. 23/2015 prevede invece una nuova forma di conciliazione in caso di licenziamento dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti<sup>[81]</sup>. Tale strumento prevede che, al fine di evitare il giudizio e ferma restando la possibilità per le parti di addivenire a ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge, entro sessanta giorni dal licenziamento il datore di lavoro può offrire al lavoratore un assegno circolare presso una delle c.d. sedi protette – cioè presso le

Direzioni Territoriali del Lavoro, le sedi di conciliazione previste dai contratti collettivi e le commissioni di certificazione di cui all'art. 76 del D.lgs. n. 276/2003. L'importo di tale assegno, che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale, per le imprese che integrano i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, co. 8-9 della l. n. 300/1970 è pari ad una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio<sup>[82]</sup>, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità, mentre per le piccole imprese ammonta a mezza mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio<sup>[83]</sup>, in misura comunque non inferiore ad una e non superiore a sei mensilità. L'accettazione dell'assegno in tale sede da parte del lavoratore comporta la estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia alla impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta. Le eventuali ulteriori somme pattuite nella stessa sede conciliativa a chiusura di ogni altra pendenza derivante dal rapporto di lavoro sono soggette al regime fiscale ordinario<sup>[84]</sup>.

**81.** Per un cui approfondimento si vedano A. Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, 245; F. Pasquini, *Jobs Act e conciliazione:*

*pochi, maledetti e subito... ma non per tutti*, in F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, cit., pag. 81-106.

**82.** Si veda la nota 67.

**83.** Si veda la nota 68.

**84.** Tra i primi commenti a riguardo sono state rilevate criticità rispetto ai regimi fiscali e contributivi applicabili a dette somme che non potrebbero essere

imputate a titolo di incentivo all'esodo, ma a titolo di transazione. Per un commento più dettagliato si veda S. Barozzi, *Nuova conciliazione frenata dai costi «extra»*, in *Il Sole 24 Ore*, 01 aprile 2015, pag. 35.

## NUOVA FORMA DI CONCILIAZIONE

### Gruppi 2, 5 (nuovi grandi + nuovi/vecchi neo-grandi) (Art. 6, co. 1, D.Lgs. n. 23/2015)

Datore può offrire, entro 60 giorni dal licenziamento, presso: DTL; sedi previste dai contratti collettivi; commissioni di certificazione

Assegno circolare di importo (che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persona fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale) =

2 mensilità  $\leq x \leq$  18 mensilità

$x = 1$  mensilità per anno di servizio

Accettazione dell'assegno  $\Rightarrow$  Estinzione del rapporto + rinuncia ad impugnazione licenziamento

### Gruppo 3 (nuovi piccole) (Art. 9, co. 1, D.lgs n. 23/2015)

Datore può offrire, entro 60 giorni dal licenziamento, presso: DTL; sedi previste dai contratti collettivi; commissioni di certificazione

Assegno circolare di importo (che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persona fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale) =

1 mensilità  $\leq x \leq$  6 mensilità

$x = 0,5$  mensilità per anno di servizio

Accettazione dell'assegno  $\Rightarrow$  Estinzione del rapporto + rinuncia ad impugnazione licenziamento

## Cambio di appalto

L'art. 7 del D.lgs. n. 23/2015 disciplina il computo dell'anzianità di servizio nel caso in cui un lavoratore passi alle dipendenze dell'impresa che subentra in un appalto, stabilendo che si computa tenendosi conto di tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata. Si rileva tuttavia che per la impresa subentrante potrebbe essere complesso determinare il periodo totale in cui il lavoratore che intende assumere è stato impiegato nell'attività appaltata poiché la società uscente probabilmente non avrà tale informazione e quindi il tutto verosimilmente si baserà sulla dichiarazione del lavoratore, che comunque non è tenuto a dichiararlo o potrebbe dire il falso. Per questo si potrebbe ipotizzare che le imprese appaltatrici, in caso di licenziamento, riconosceranno al lavoratore l'indennità maturata nell'ambito del proprio rapporto diretto, esponendosi eventualmente al rischio che il lavoratore riesca a dimostrare la propria anzianità pregressa nell'appalto e, in sede giudiziale, ottenga quanto previsto dall'art. 7 del D.lgs. n. 23/2015.

Al di là di questo aspetto è particolarmente interessante quanto previsto nella relazione illustrativa del D.lgs. n. 23/2015 in cui si afferma che «nel diverso caso della cessione di azienda o di ramo di essa in cui rapporto di lavoro dei lavoratori ceduti prosegue senza soluzione di continuità i lavoratori che godevano della tu-

tela di cui all'art. 18 della l. n. 300/1970 e che passano alle dipendenze dell'impresa subentrante mantengono il regime di tutela in godimento. Diversamente nel caso di subentro in un appalto il rapporto di lavoro alle dipendenze dell'appaltatore uscente si estingue e si instaura un nuovo rapporto di lavoro alle dipendenze dell'appaltatore subentrante conseguentemente l'eventuale licenziamento di tali lavoratori rientra nel campo di applicazione del decreto [legislativo n. 23/2015]». Quest'ultima ipotesi appare idonea a creare contenzioso poiché alcuni settori in cui sono particolarmente frequenti i cambi di appalto hanno stabilito nel proprio contratto collettivo che nel cambio d'appalto permanga l'anzianità maturata ed il trattamento economico normativo.

### Cessione di contratto e articolo 18 come benefit

Oltre alle ipotesi prospettate è inoltre presente il caso di cessione del contratto regolata dall'art. 1406 c.c. che, secondo giurisprudenza consolidata, «presuppone che l'oggetto dell'obbligazione rimanga immutato, sono possibili modificazioni marginali che tuttavia non devono concernere gli elementi essenziali del contratto che devono rimanere invariati, è possibile inoltre l'inserimento di obbligazioni aggiuntive purché abbiano oggetto diverso da quello del contratto ceduto, non siano confliggenti e non alterino il primitivo assetto del sinallagma»<sup>85</sup>. Si ritiene per-

85. Cass. 9 agosto 1990, n. 8098. In maniera conforme, Cass. 05 novembre 2003, n. 16635 secondo cui «la cessione del contratto

comporta il trasferimento oggettivo del complesso unitario di diritti e obblighi derivanti dal contratto, lasciando immutati gli elementi

oggettivi essenziali e realizzando soltanto una sostituzione soggettiva» e Cass. 24 novembre 1989, n. 5062 che afferma che «la

successione di un datore di lavoro ad un altro può avvenire tramite cessione del contratto di lavoro con il consenso del lavoratore che

tanto che nel caso in cui si ceda un contratto di lavoro di un lavoratore assunto prima del 7 marzo 2015, la materia del licenziamento non possa essere mutata perchè costituisce elemento essenziale del contratto<sup>[86]</sup>.

Al di là di tali fattispecie si può poi ipotizzare che il datore di lavoro, con riferimento ai nuovi assunti, decida di volta in volta, a seconda della professionalità del singolo lavoratore, come gestire il rapporto di lavoro ed a quale regime fare riferimento. Nulla vieta infatti di assumere un lavoratore dopo il 7 marzo 2015, ma con un contratto di lavoro a tempo determinato ordinario, prevedendo quindi l'applicazione dell'art. 18 della l. n. 300/1970 che, pur essendo a esaurimento, non è stato abrogato, nemmeno implicitamente, dal D.lgs. n. 23/2015 che anzi lo richiama espressamente<sup>[87]</sup>. Infatti il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti ha uno specifico campo di applicazione soggettivo (operai, impiegati o quadri) e oggettivo (assunzioni a decorrere dal 7 marzo 2015) che può essere superato *in melius* per il lavoratore in sede di firma del contratto.

Tale facoltà è peraltro confermata dalla giurisprudenza di legittimità che afferma che «in via di principio non può negarsi – come [la Corte di Cassazione] ha già avuto occasione di affermare (sent. n. 3116/88, n. 298/90, n. 2413/90) – che la tutela reale, quale prevista dall'art. 18, della legge 20 maggio 1970, n. 300 possa essere pattizamente estesa al di fuori dei limiti legali soggettivi e oggettivi, ma ciò può avvenire solo a condizione che una tale estensione risulti chiaramente dalla disciplina individuale o collettiva del rapporto dedotto in giudizio, la cui interpretazione non può che appartenere al giudice di merito»<sup>[88]</sup>.

### Licenziamento collettivo

Il D.lgs. n. 23/2015 è infine intervenuto sui licenziamenti collettivi<sup>[89]</sup> stabilendo l'applicazione della nuova tutela reintegratoria piena solo nella ipotesi in cui non venga osservata la forma scritta<sup>[90]</sup>, mentre in caso di violazione delle procedure previste dall'art. 4, della legge n. 223/1991<sup>[91]</sup> o dei criteri di scelta di cui all'art. 5, co. 1, della legge n. 223/1991, si applica la nuova tutela indennitaria piena.

### VIZIO DI FORMA SCRITTA

#### Gruppi 2, 4, 5 (nuovi grandi + vecchi neo-grandi) (Art. 2, co. 1-2, D.Lgs. n. 23/2015)

Reintegrazione (servizio da riprendere entro 30 giorni)

Indennità  $\geq$  5 mensilità (- *aliunde perceptum*)

Contributi previdenziali, assistenziali

#### Oppure, entro 30 giorni (Art. 2, co. 3, D.Lgs. n. 23/2015)

Lavoratore può chiedere indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale = 15 mensilità

*continua la prestazione con salvaguardia della posizione acquisita presso il cedente», mentre secondo Cass. 06 novembre 1999, n. 12384 «il giudice deve verificare se gli elementi essenziali dell'originario rapporto rimangono immutati».*

**86.** Per una prima applicazione pratica si veda l'accordo aziendale alla Novartis Farma di Origgio (VA), per un cui commento sia consentito rinviare a M. Tiraboschi, *L'articolo 18 come benefit? A proposito del caso Novartis e della applicazione in via pattizia del regime di stabilità reale del contratto di lavoro*, in *Bollettino ADAPT*, 2015, 13.

**87.** Si veda art. 1, co. 3, ed art. 9, co. 1 del D.lgs. n. 23/2015. In tal senso si veda anche A. Maresca, cit.; M. Pollaroli, S. Radoccia, *Licenziamento ingiustificato e nuovo rimedio dell'indennità*, in *Guida al Lavoro*, 2015, 12, pag. 20-23.

**88.** Cass. 26 maggio 2000, n. 6901.

**89.** Che, ai sensi dell'art. 24, co. 1, della l. n. 223/1991, riguardano le imprese che occupano più di quindici dipendenti, compresi i dirigenti, e che, in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, intendano

effettuare almeno cinque licenziamenti, nell'arco di centoventi giorni, in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttive nell'ambito del territorio di una stessa provincia.

**90.** Infatti ai sensi dell'art. 4, co. 9, della l. n. 223/1991, la comunicazione del recesso deve avvenire per ogni lavoratore per iscritto e nel rispetto dei termini di preavviso.

**91.** In sintesi si tratta della omissione della comunicazione preventiva per iscritto alle rappresentanze sindacali aziendali e/o di categoria; del versamento

all'INPS a titolo di anticipazione sulla somma del trattamento di mobilità; dell'invio di copia della comunicazione e della ricevuta del versamento alla DTL; dell'espertimento, se richiesto dell'esame congiunto tra le parti; della comunicazione scritta alla DTL sul risultato della consultazione e sui motivi del suo eventuale esito negativo; e della comunicazione per iscritto dell'elenco dei lavoratori licenziati alla DTL, alla Commissione regionale per l'impiego ed alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale.

---

## Il Punto / Licenziamento individuale

---

### **Gruppo 1 (vecchi grandi) (Art. 18, co. 1-2, l. n. 300/1970)**

Reintegrazione (servizio da riprendere entro 30 giorni)

Indennità  $\geq 5$  mensilità (- *aliunde perceptum*)

Contributi previdenziali, assistenziali + sanzioni

### **Oppure, entro 30 giorni (Art. 18, co. 3, l. n. 300/1970)**

Lavoratore può chiedere indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale = 15 mensilità

### **Violazione procedura per la dichiarazione di mobilità (Art. 4, l. n. 223/1991) o dei criteri di scelta (Art. 5, co. 1, l. n. 223/1991): Gruppi 2 e 5 (nuovi grandi e nuovi+vecchi neo-grandi) (Art. 3, co. 1, D.lgs n. 23/2015)**

Rapporto di lavoro estinto dalla data del licenziamento

Indennità (non assoggettata a contribuzione previdenziale) = 4 mensilità  $\leq x \leq 24$  mensilità  
 $x = 2$  mensilità per anno di servizio

### **Violazione delle procedure: Gruppo 1 (vecchi grandi) (Art. 18, co. 5, l. 300/1970)**

Rapporto di lavoro risolto dalla data del licenziamento

Indennità = 12 mensilità  $\leq x \leq 24$  mensilità

∞ anzianità; numero dipendenti occupati; dimensioni attività economica; comportamento e condizioni delle parti

### **Violazione dei criteri di scelta: Gruppo 1 (vecchi grandi) (Art. 18, co. 4, l. n. 300/1970)**

Reintegrazione (servizio da riprendere entro 30 giorni)

Indennità  $\leq 12$  mensilità (- *aliunde perceptum* e *aliunde percipiendum*)

Contributi previdenziali, assistenziali + interessi legali (differenziale tra quanto dovuto e quanto già versato da altri)

### **Oppure, entro 30 giorni (Art. 18, co. 3, l. n. 300/1970)**

Lavoratore può chiedere indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale = 15 mensilità

## **Rito applicabile**

Ai sensi dell'art. 11 del D.lgs. n. 23/2015 è poi stabilito che ai licenziamenti dei lavoratori con contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti non si applicano le disposizioni di cui all'art. 1, co.

48-68, della l. n. 92/2012 inerente il modello processuale d'urgenza con prima fase sommaria che si conclude con ordinanza, eventualmente seguita da seconda fase di opposizione che si conclude con sentenza dimerito. ●

## **RITO APPLICABILE**

### **Gruppo 1 (vecchi grandi) (Art. 1, co. 48-68, l. n. 92/2012)**

Rito c.d. Fornero: modello processuale d'urgenza con prima fase sommaria che si conclude con ordinanza, eventualmente seguita da seconda fase di opposizione che si conclude con sentenza di merito

### **Gruppi 2, 4, 5 (nuovi grandi e piccole + vecchi neo-grandi) (Art. 11, D.Lgs. n. 23/2015)**

Non si applicano le disposizioni di cui all'art. 1, co. 48-68, l. n. 92/2012. Si applica quindi il rito ordinario

### **Gruppo 3 (vecchi piccole) (Art. 1, co. 47, l. n. 92/2012)**

Non si applicano le disposizioni di cui all'art. 1, co. 48-68, l. n. 92/2012. Si applica quindi il rito ordinario